

La riforma (chiamiamola così!) delle intercettazioni entra oggi in vigore

martedì 01 settembre 2020

di Suraci Leonardo - Dottore di ricerca in diritto processuale penale presso l'Università La Sapienza di Roma

- [Procedura penale](#)

La riforma delle intercettazioni, come è noto, trova applicazione rispetto ai procedimenti iscritti dall'1 settembre 2020 e, dunque, dovremmo esserci, dopo tanto sospirare, alla luce dei plurimi differimenti e dei continui rimaneggiamenti che, nella definitiva veste normativa assunta a seguito del d.l. 30 dicembre 2019, n. 161 e della legge di conversione 28 febbraio 2020, n. 7, consegnano un assetto certamente molto meno innovativo rispetto a quello introdotto dall'ormai esanime d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216.

La riforma – che poi, a dire il vero, di vera riforma non potrebbe parlarsi – delinea **nuovi meccanismi dinamici** che, particolarmente **attenti alle esigenze di tutela della riservatezza**, investono sia le sedi di conservazione dei risultati delle intercettazioni e della relativa documentazione – non si tratta più della segreteria del pm (se non in prima battuta e per periodi di tempo limitatissimi) ma dell'archivio di cui gli artt. 269, co.1 c.p.p. e 89-*bis* disp. att. c.p.p., gestito e tenuto sotto la sorveglianza del procuratore della Repubblica dell'ufficio che ha richiesto ed eseguito le registrazioni – sia le modalità di conservazione ed accesso – telematiche e non più (esclusivamente) cartacee – sia, infine, gli itinerari ed i contenuti dell'accesso difensivo (diversamente modulati su base progressiva ed in relazione all'evoluzione del procedimento).

Le intercettazioni, si è detto più volte, costituiscono un **fondamentale mezzo di ricerca della prova** nell'ambito del quale il **diritto di difesa** continua ad essere **tutelato soltanto in un momento successivo rispetto allo svolgimento delle operazioni captative** – le quali, poi, costituiscono il momento formativo della prova – perché la natura di atto a sorpresa di esse impedisce all'interessato ed al suo difensore di partecipare alla fase propriamente esecutiva, di pertinenza esclusiva dell'autorità investigativa pubblica.

A norma dell'art. 268 c. 4, 5 e 6 c.p.p., infatti, la *discovery* delle risultanze dell'attività captativa è condizionata al deposito presso l'archivio delle intercettazioni degli atti relativi alle intercettazioni stesse ed è modulata diversamente nei due momenti fondamentali dell'esame delle risultanze e del rilascio delle relative copie.

Entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni di intercettazione (quindi: mai prima, fatta salva l'ipotesi di impiego delle risultanze investigative per finalità cautelari personali) i verbali e le registrazioni (trasmessi dalla pg) devono essere depositati presso l'archivio delle intercettazioni insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione, rimanendovi per il tempo fissato dal p.m., salvo che il giudice non riconosca necessaria una proroga.

Se, tuttavia, **dal deposito può derivare un grave pregiudizio per le indagini**, è prevista (art. 268, co. 5 c.p.p.) la **possibilità che il gip autorizzi il pm a ritardare** il deposito, non potendo comunque superarsi il

momento di chiusura delle indagini preliminari. In questo caso, ha chiarito la giurisprudenza, il termine coincide, nell'ambito del procedimento ordinario, con quello di cui all'art. 415-*bis* c.p.p. (nel giudizio immediato, invece, con il segmento precedente il deposito della relativa richiesta) sicché si fa luogo ad un unico deposito e la persona sottoposta alle indagini ed il suo difensore possono esercitare anche le facoltà di cui all'art. 268 c. 6 c.p.p. [Cass. pen., Sez. V, 11 aprile 2003, Gualtieri].

Norma, quest'ultima, la quale prevede che soltanto a seguito del deposito – tempestivo ovvero ritardato – i difensori hanno facoltà e previo specifico avviso – il quale deve essere dato al difensore e non alla parte personalmente, in quanto riguardante aspetti di precipuo carattere tecnico [Cass. pen., Sez. VI, 14 novembre 2006, Protopapa] – di esaminare per via telematica gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, al fine di esplicitare un controllo sia di legittimità che sul versante del merito con proiezione sulle successive operazioni finalizzate a determinare la fruibilità processuale delle risultanze.

Si tratta di una **fase cognitiva** che, però, non si estende fino a ricomprendere il rilascio di copie, attività che l'art. 89-*bis*, co. 4 c.p.p. condiziona all'avvenuta acquisizione ai sensi degli artt. 268, 415-*bis* e 454 c.p.p. e nei limiti di essa, fatta salva la possibilità di ottenere preventivamente copia delle registrazioni e dei flussi (esclusivamente) indicati come rilevanti dal pm quale facoltà connessa alla notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari ed estensibile alla procedura analoga prevista dall'art. 454 c.p.p.

L'acquisizione costituisce la fase (quasi) terminale di una procedura che consta di una pluralità di passaggi intermedi caratterizzati dalla preventiva realizzazione di un momento di contatto tra atti (solo alcuni, inizialmente) relativi all'attività captativa e archivio.

Invero, la **conservazione della documentazione** complessivamente inerente all'attività captativa avviene con modalità progressive e comprende, innanzitutto, il materiale riversamento nell'archivio – non si tratta, si badi, di un formale deposito – dei (soli) verbali e registrazioni trasmessi al pm.

L'attività predetta, che per esempio la procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano definisce “conferimento” e che, fatta salva l'ipotesi di richiesta di misura cautelare che utilizzi le risultanze di intercettazioni ancora in corso, presuppone la trasmissione degli atti da parte della pg (art. 268, co. 4 prima parte c.p.p.), proprio in ragione del suo carattere puramente materiale (e, quindi, privo di proiezione esterna) continua ad avvenire senza alcun coinvolgimento o informativa alla difesa e, sul versante cronologico, immediatamente dopo la conclusione della complessiva attività di intercettazione (comprensiva delle fasi di ascolto, trascrizione e verbalizzazione), fatte salve le annotazioni che la pg sottopone alla valutazione del pm per finalità connesse all'indirizzo ed al prosieguo delle indagini.

Nell'evenienza costituita dall'**utilizzo di risultanze captative in sede cautelare**, invece, il pm deve disporre il conferimento nell'archivio delle intercettazioni utilizzate e della relativa documentazione al fine di assicurare la *discovery* in vista delle procedure interne alla fase, considerato che, in linea con la visione garantista fatta propria da **Corte cost., 8 ottobre 2008, n. 336** e recepita dal legislatore della riforma dopo una serie di travagliate vicissitudini, la regola introdotta dalla Corte costituzionale è stata recepita formalmente dal legislatore, il quale, con il d.l. 30 dicembre 2019, n. 161, convertito con mod. in l. 28 febbraio 2020, n. 7, ha modificato l'art. 293, co. 4 c.p.p. prevedendo espressamente che il difensore ha il diritto di esaminare e di estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni oggetto di

intercettazione trasmesse al gip a corredo della richiesta cautelare, oltre che (“in ogni caso”, dice la norma, dunque a prescindere dalla trasmissione o dal deposito) il diritto alla trasposizione, su supporto idoneo alla riproduzione dei dati, delle relative registrazioni.

Sotto questo profilo, mantiene inalterata la propria attualità la giurisprudenza che, fin da subito, ha chiarito come la richiesta volta ad ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate ed utilizzate ai fini dell’adozione del provvedimento cautelare debba essere presentata al pm [Cass. pen., Sez. VI, 16 luglio 2009, Gullo. Di poco successiva è l’analoga presa di posizione contenuta in Cass. pen., Sez. III, 30 settembre 2009, Kasa]. Sul tema delle conseguenze derivanti dalla materiale indisponibilità delle registrazioni da parte del difensore era sorto, come è noto, un contrasto giurisprudenziale che le Sezioni unite hanno risolto chiarendo che l’ingiustificato ritardo da parte del pm nella consegna al difensore la trasposizione su supporto informatico delle registrazioni poste a base della misura cautelare non inficia l’attività di ricerca della prova ed il risultato probatorio, ma determina – a causa dell’illegittima compressione del diritto di difesa – una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell’art. 178 lett. c) c.p.p., pertanto soggetta alla deducibilità ed alle sanatorie di cui agli artt. 180, 182 e 183 c.p.p.

La conseguenza è che, qualora tale vizio sia stato ritualmente dedotto in sede di riesame – ed il tribunale non abbia potuto acquisire d’ufficio il relativo supporto fonico entro il termine perentorio di cui all’art. 309, co. 9 c.p.p. – il giudice non può utilizzare le suddette registrazioni come prova.

La Corte ha altresì precisato che l’eventuale annullamento del provvedimento cautelare non preclude al pubblico ministero la possibilità di reiterare la richiesta ed al g.i.p. di accogliere la nuova richiesta, se corredata dal relativo supporto fonico [Cass. pen., Sez. un., 22 aprile 2010, Della Sala].

Poco più tardi la Corte di cassazione ha, sempre nell’ambito dell’orientamento in questione, specificato che la nullità – che si conferma essere di ordine generale a regime intermedio – conseguente alla mancata disponibilità, in capo alla difesa, dei supporti che siano stati oggetto di tempestiva richiesta sussiste anche laddove detta indisponibilità sia conseguita ad inerzia o ritardo non già del pm, bensì degli uffici deputati a dare esecuzione al provvedimento [Cass. pen., Sez. V, 12 maggio 2011, Lin. Nello stesso senso v., successivamente, Cass. pen., Sez. V, 24 febbraio 2012, n. 8921].

Ancora, con una puntualizzazione che si caratterizza per l’introduzione di un **principio generale di leale collaborazione dell’imputato**, la Corte di cassazione ha stabilito che, nel procedimento d’appello ex art. 310 c.p.p., la nullità o l’inutilizzabilità delle risultanze delle video riprese – la Suprema Corte ha applicato i principi di garanzia appena esaminati anche alla materia delle video riprese [Cass. pen., Sez. VI, 10 ottobre 2011, n. 45984] – di cui il difensore non abbia ottenuto il rilascio di copia in tempo utile per la discussione del giudizio presuppone che l’istanza sia stata non soltanto ritualmente e tempestivamente presentata al pm, ma anche corredata dal materiale tecnico necessario su cui riversare le registrazioni [Cass. pen., sez. VI, 22 dicembre 2014, n. 53425. Nell’occasione la Corte ha escluso l’applicazione di sanzioni processuali per il mancato rilascio in tempo utile di copie di registrazioni audio e video conseguente al ritardo imputabile a colpevole inerzia dell’imputato il quale, sebbene tempestivamente informato, non aveva prodotto il necessario *hard disk* esterno].

Deve comunque essere richiamato, per l’importanza degli effetti che possono conseguire, l’arresto secondo cui non grava sul pm alcun obbligo di comunicazione al difensore dell’indagato del provvedimento con cui ha deciso sull’istanza di accesso alle registrazioni delle intercettazioni telefoniche utilizzate per l’adozione di una misura cautelare, essendo onere dello stesso difensore

informarsi dell'eventuale accoglimento ovvero del rigetto della suddetta istanza o anche solo della sua mancata considerazione [Cass. pen., Sez. VI, 7 ottobre 2011, n. 38673].

Al di fuori delle specificità connesse alla fase cautelare, il **deposito formale delle intercettazioni**, invece, consiste nella procedura di cui all'art. 268, co. 4 seconda parte, 5 e 6 c.p.p. ed è distinta dalla generica "conservazione" per oggetto (vi sono inclusi, anche, i decreti autorizzativi, di proroga, di convalida e dispositivi delle intercettazioni), sul versante cronologico (il deposito formale segue, difatti, alla mera conservazione e deve avvenire entro cinque giorni dalla cessazione delle operazioni ovvero, nel caso previsto dall'art. 268, co. 5 c.p.p., entro la chiusura delle indagini) e finalistico (il deposito, invero, è funzionale alla *discovery* – esame degli atti ed ascolto delle registrazioni – e segna l'avvio della fase protesa alla definitiva acquisizione delle conversazioni suscettibili di utilizzazione, le uniche di cui i difensori possono, come già detto, ottenere copia ai sensi dell'art. 89-bis, co. 4 disp. att. c.p.p.).

Si tratta di una sequenza articolata che, come appena visto, diversifica in maniera significativa gli ambiti di operatività delle facoltà difensive e, in maniera del tutto singolare, crea nei frangenti disciplinati dagli artt. 415-bis e 454 c.p.p. un sistema relazionale in cui il potere decisorio sulle istanze del difensore è soltanto in seconda battuta riservato al giudice, in una prima fase costituendo prerogativa del pm la decisione sulle richieste di integrazione dei materiali rilevanti.

Ma i **profili di particolare ed allarmante novità** della riforma si rinvencono nella **disciplina delle intercettazioni mediante il ricorso al captatore informatico**.

Infatti, andando oltre la disciplina restrittiva delineata da **Cass. pen., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 26889**, l'art. 266, co. 2 c.p.p. precisa che nei casi previsti dal co. 1 – le ipotesi di reato, cioè, rispetto alle quali è ammesso il ricorso al mezzo di ricerca della prova – è consentita l'intercettazione di comunicazioni tra presenti, che può essere eseguita – negli stessi casi, quindi, e dunque in termini di generalità – anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile.

Viene mantenuto **in relazione ai reati c.d. "comuni"** – categoria ottenibile mediante lo scorporo dalle ipotesi generali di quelle particolari previste dall'art. 266, co. 2-bis c.p.p. – il limite previsto rispetto ai luoghi indicati dall'art. 614 c.p., di talché l'intercettazione è consentita in siffatta evenienza solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa.

L'art. 266, co. 2-bis c.p.p. **liberalizza invece il regime** relativo alle **specifiche tipologie di reati** ivi compendiate, disponendo che l'intercettazione di comunicazioni tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile è sempre – dunque, a prescindere dalla ricorrenza del presupposto di cui al comma precedente – consentita nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51, co. 3-bis e 3-quater c.p.p. e, previa indicazione delle ragioni (dovrebbe trattarsi di esigenze investigative non dissimili da quelle previste dall'art. 267, co. 1 c.p.p.) che ne giustificano l'utilizzo anche nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p., per i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni.

Un **regime diversificato**, quindi, che subisce ulteriori articolazioni rispetto alle ipotesi di intercettazione domiciliare ed il cui **elevatissimo tasso di invasività** è (a stento, bisogna dire) bilanciato innanzitutto dal presidio garantistico costituito dall'obbligo di motivazione rinforzata che connota – anche qui in termini variegati – il contenuto del provvedimento autorizzativo del gip.

Infatti, l'art. 267, co. 1 c.p.p. dispone che il decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile deve indicare, qualunque sia il reato oggetto del procedimento, le ragioni che rendono necessaria – non, dunque, assolutamente

indispensabile, ragione per cui il ricorso allo strumento captativo non deve costituire l'*extrema ratio* nemmeno nell'ambito dei procedimenti relativi a reati "comuni" – tale modalità per lo svolgimento delle indagini.

Se si procede per delitti diversi da quelli "speciali" – quelli, cioè, di cui all'art. 51, co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., e i delitti dei pubblici ufficiali o degli incaricati di pubblico servizio contro la pubblica amministrazione per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, l'obbligo di motivazione si estende all'indicazione dei luoghi e del tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono.

Si tratta di un **rafforzamento teso a salvaguardare l'inviolabilità del domicilio** mediante una sorta di tracciabilità del percorso captativo, i limiti del quale sono però colti dallo stesso legislatore laddove si accontenta di apertissime forme di indicazione indiretta.

La delicatezza e l'invasività dello strumento di captazione in discorso giustifica, poi, il divieto di attivazione della procedura d'urgenza di cui all'art. 267, co. 2 c.p.p. nei procedimenti per reati "comuni", di talché si configura in siffatte ipotesi una riserva di giurisdizione impositiva di un obbligo di verifica giudiziale che deve esplicarsi necessariamente in via preventiva.

Una disciplina derogatoria in termini restrittivi è prevista, infine, in relazione al regime di utilizzazione in procedimenti diversi delle risultanze ottenute mediante il ricorso al captatore informatico.

Infatti, se l'art. 270, co. 1 c.p.p. dispone, in generale, che i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino rilevanti e indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e dei reati di cui all'art. 266, co. 1 c.p.p., il nuovo co. 1-*bis* della medesima disposizione prevede che, fermo restando quanto previsto dal co. 1 – ossia, viene ribadita la regola del divieto di utilizzazione in procedimenti diversi, e dunque l'eccezionalità della deroga costituita dai casi di utilizzabilità – **i risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile possono essere utilizzati anche per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, ma soltanto qualora risultino indispensabili** – ricorrendo siffatto requisito è ovvio che siano, allo stesso tempo, rilevanti – **per l'accertamento (esclusivamente) dei delitti "speciali"** indicati dall'art. 266, co. 2-*bis* c.p.p.

Copyright © - Riproduzione riservata